

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I.1. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- **APC Perú – EEUU:** El Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América
- **Comisión:** la Comisión de Libre Competencia (denominación actual) o la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (denominación según el Decreto Legislativo) del INDECOP
- **Decisión 608:** Decisión 608, Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 04 de abril de 2005
- **DL 25868:** el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOP
- **DL 701:** el Decreto Legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991
- **DL 807:** el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOP
- **ICN:** la Red Internacional de la Competencia<sup>1</sup>
- **INDECOP:** el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
- **Decreto Legislativo :** la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- **OECD:** la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos<sup>2</sup>
- **OSIPTEL:** el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
- **Ley:** Ley de represión de Conductas Anticompetitivas
- **Reglamento:** el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOP, aprobado mediante Decreto Supremo 077-2005-PCM
- **UNCTAD:** la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo<sup>3</sup>
- **Tribunal:** la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOP

### I.2. INTRODUCCIÓN

La estructura del mercado mundial ha cambiado significativamente en las últimas décadas debido a la globalización y liberalización de las economías y el intenso avance de la tecnología, principalmente en sectores como transporte, energía, información y telecomunicaciones. Estos procesos han transformado el funcionamiento de los mercados al reducir notablemente los costos de transacción, facilitar las comunicaciones e incidir favorablemente en el aumento de las transacciones y la mayor velocidad con que éstas se realizan.

La liberalización de los mercados provoca un incremento sustancial del comercio a escala mundial, situación que no ha excluido a los países de la región, los que

---

<sup>1</sup> International Competition Network.  
<sup>2</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development.  
<sup>3</sup> United Nations Conference on Trade and Development.

también han participado de la creciente integración de mercados<sup>4</sup>. Adicionalmente, como consecuencia del cambio en la configuración de las condiciones económicas, los flujos de inversión directa extranjera han experimentado un aumento significativo<sup>5</sup>.

Los beneficios de la participación de los países en los mercados ampliados son grandes. Para los consumidores representa la oportunidad de acceder a una mayor cantidad de bienes y servicios que pueden ser abastecidos en mejores condiciones de precios y calidad, tanto de origen nacional como extranjero. Para los productores significa la oportunidad de acceder a un mayor número de clientes (mercados más grandes), alcanzar escalas más eficientes de producción, aprovechar ventajas competitivas, entre otras. Los beneficios se traducen en mayor crecimiento y, por tanto, en mayores niveles de ingresos, empleo, recaudación tributaria, etc.

El APC Perú - EEUU y el resto de acuerdos comerciales que el Perú tiene la expectativa de suscribir<sup>6</sup> conllevan una gran potencialidad en cuanto a su impacto positivo sobre los ciudadanos y la sociedad en su conjunto. De ahí que es compromiso del Estado peruano tomar las acciones pertinentes para garantizar que los consumidores y empresas nacionales se beneficien de tales acuerdos comerciales.

En tal sentido, mediante Ley 29157, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, sobre facilitación del comercio, mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado, mejora de la administración de justicia en materia comercial y contenciosa administrativa y promoción de la inversión privada.

Con la finalidad de coadyuvar a la consecución de los objetivos de mejorar la competitividad económica y asegurar un impacto positivo del APC Perú – EEUU sobre el bienestar social, y en el contexto del tema “mejora del marco regulatorio”, se propone el presente Proyecto.

No cabe duda que la libre competencia es un factor fundamental en la eficiente asignación de recursos dentro de la sociedad y que redundará en un mayor bienestar de los consumidores. Es a través de la competencia que los agentes económicos pugnan por abastecer los mercados de productos y servicios en una

<sup>4</sup> Según datos de la UNCTAD, US\$ 11,9 billones se comercializaron en todo el mundo durante el año 2006, 87% más que en el año 2000, 125% más que en 1996 y 252% más que en 1990. Sudamérica comercializó el equivalente al 3,3% del total mundial (US\$ 390 mil millones) en el 2006, monto que refleja un incremento del 130% respecto de 2000, 175% respecto de 1996, y 345% respecto de 1990. Fuente: UNCTAD. Handbook of Statistics 2007. Disponible en: <http://stats.unctad.org/Handbook/ReportFolders/ReportFolders.aspx> (visitada el 1 de abril de 2008).

<sup>5</sup> En el Perú, el monto de inversión directa extranjera (tanto de entrada como de salida) alcanzó un total de US\$ 19,4 mil millones en 2006, más de 13 veces lo transado en 1990, lo que representa un incremento de 188% y 75% respecto del monto registrado en 1996 y 2000, respectivamente, y el cual además ha venido creciendo a una tasa anual promedio de 18% desde el 2000. Fuente: UNCTAD. Op. Cit.

<sup>6</sup> Con Canadá, Singapur, Tailandia, Corea del Sur, México, Unión Europea, China, entre otros.

adecuada relación calidad - precio y realizan inversiones en investigación y desarrollo que les permiten proveer de nuevos y mejores productos a sus clientes. Para proteger los efectos positivos de la libre competencia sobre las sociedades a nivel mundial, los países implementan leyes de competencia prohibiendo determinadas conductas de los agentes económicos. Dada la importancia de este tipo de legislaciones, y con el fin de corregir las distorsiones en el comercio internacional, no son raros los casos de normativas de libre competencia de carácter supranacional (por ejemplo, a nivel de la Unión Europea o la Comunidad Andina).

Ante un escenario de globalización e integración de mercados, las políticas de competencia toman mayor relevancia. Con la ampliación de mercados la normativa de defensa de la libre competencia y las instituciones que velan por su cumplimiento deben evolucionar y adaptarse a las nuevas situaciones, donde los desafíos son mayores a fin de cumplir con su principal objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En efecto, en un escenario de mercados ampliados se espera que interactúen un mayor número de agentes económicos, que se generen nuevos mercados, que se verifique la presencia de grandes empresas transnacionales o multinacionales (posiblemente dominantes) que puedan adoptar estrategias para excluir del mercado a sus competidores, que los agentes locales puedan tener incentivos para reaccionar indebidamente a este nuevo contexto tratando de erigir barreras estratégicas a la competencia, entre otros. Es decir, ante esta nueva realidad se incrementa la posibilidad de ocurrencia de prácticas anticompetitivas que impidan que los beneficios del libre comercio lleguen a los consumidores. De otro lado, la posibilidad de prácticas anticompetitivas también tiene un impacto sobre la competitividad del país, puesto que aquéllas podrían impedir, por ejemplo, el acceso de nuestros productores a insumos con precios y calidades que sean resultado de la libre competencia.

Otro aspecto asociado al nuevo contexto de mercados ampliados tiene que ver con el incremento de los costos de supervisión de los mercados, lo cual dificulta la labor de las autoridades de competencia respecto de conductas anticompetitivas transfronterizas<sup>7</sup>. En términos económicos, los mercados ya no se limitan a los ámbitos territoriales, ni se restringen a una zona geográfica delimitada, sino que se definen por el ámbito en el cual se realizan las transacciones. Los mercados no están aislados sino que se integran e interrelacionan dentro de un sistema económico.

Así, los efectos de un mal funcionamiento en un mercado pueden tener serios impactos sobre otros, inclusive sobre el bienestar de las sociedades que participan directa o indirectamente de las transacciones realizadas en dichos mercados. De ahí la importancia de contar con una legislación que asegure el buen funcionamiento de los mercados, protegiendo a la sociedad de los efectos de conductas anticompetitivas, ya sea que éstas se realicen por agentes económicos ubicados dentro o fuera del territorio nacional. Este aspecto explica los esfuerzos de las autoridades de competencia por armonizar legislaciones, cooperar entre ellas (en temas de investigación o intercambio de información) e inclusive, en última instancia, contar con autoridades de competencia supranacionales.

<sup>7</sup> Ivaldi, M. y Bertrand, O. (2006) "European Competition Policy in International Markets", Octubre, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951594> (visitada el 1 de abril de 2008).

Dada la dimensión internacional de los mercados y la economía en general, en un contexto de acuerdos comerciales suscritos (y por suscribir) por parte del Perú se hace aún más necesario promover y asegurar la competencia para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, lo que favorecerá considerablemente la competitividad del país, la eficiencia económica y el bienestar de la sociedad. Para cumplir con dicha tarea y aprovechar al máximo los beneficios de los acuerdos comerciales, el fortalecimiento institucional y la mejora del marco legal son pasos importantes que nuestro país debe tomar.

En el Perú se encuentra vigente el DL 701 (1991). De acuerdo a la experiencia adquirida en su aplicación y en base a las nuevas necesidades surgidas con relación a la ampliación de mercados producto del APC Perú - EEUU y del resto de acuerdos comerciales por suscribir, el presente Proyecto contiene una serie de mejoras, procurando una solución de conflictos oportuna, predecible y confiable.

En ese sentido, el Decreto Legislativo precisa la finalidad de la Ley en consonancia de los objetivos previstos en el propio APC Perú - EEUU y la Decisión 608; clarifica su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); destaca el principio de primacía de la realidad; establece conceptos claros y criterios de análisis que generan mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas como anticompetitivas; en particular, propone un tratamiento de prohibición absoluta para aquellas conductas colusorias consideradas a nivel internacional como inherentemente anticompetitivas; redefine y mejora sustancialmente el procedimiento administrativo, incorporando plazos más realistas, la preclusión en el ofrecimiento de pruebas pero sin afectar el derecho de defensa, un mejor tratamiento de las medidas cautelares y una diferenciación más clara entre el rol instructor y el resolutorio; dota de mayor capacidad disuasiva el esquema de sanciones, mejorando los criterios para establecerlas, incrementando el tope para casos de infracciones muy graves y desarrollando la facultad de la autoridad para dictar medidas correctivas; entre sus aspectos más importantes.

Siendo así, el Decreto Legislativo mejorará sustancialmente la labor destinada a velar por la libre competencia en el Perú, lo que, a su vez, mejorará la competitividad del país y establecerá un ambiente apropiado para las inversiones.

### **I.3. DIAGNÓSTICO DEL DL 701**

Luego de quince años de aplicación del DL 701, el diagnóstico evidencia que la norma presenta una serie de deficiencias y vacíos, requiriéndose por ello una reforma integral. A continuación detallamos algunas de dichas deficiencias y vacíos.

#### **Principales deficiencias en el DL 701**

- "Precios abusivos"

El caso iniciado por Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez - Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP (2004) puso en evidencia un aspecto controvertido de la norma: la eventual posibilidad de combatir las prácticas explotativas, específicamente los llamados "precios abusivos".

En dicho pronunciamiento, el Tribunal interpretó los artículos 3<sup>8</sup> y 5<sup>9</sup> del DL 701 y estableció que el INDECOPI se encontraba facultado para sancionar por el establecimiento de dichos precios. No obstante ello, y aplicando el mismo cuerpo normativo, tres años después la Comisión resolvió exactamente en sentido opuesto, en el caso iniciado por la denuncia de la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu - Consettur Machupicchu S.A.C. (2007), señalando que del DL 701 no era posible desprender tal facultad ya que resultaba contraria a lo establecido a nivel constitucional, al propio objetivo de dicha norma y las normas contenidas en el Decreto Legislativo 757<sup>10</sup>.

Lo anterior evidencia la necesidad de clarificar la norma en el sentido de que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a las normas de libre competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido.

- Regla *per se* vs. Regla de la razón

Discrepancias en lo concerniente al uso de la regla *per se* o la regla de la razón para evaluar los casos de prácticas colusorias también se hicieron presentes durante estos años de aplicación de la norma.

En el caso iniciado por investigación de oficio en contra de veintitrés (23) avícolas y la asociación que las agrupaba<sup>11</sup> (1997), la Comisión utilizó, sin que ello fuera objeto de mayor controversia, la regla *per se*. Dicha posición fue ratificada luego por el Tribunal, el que, incluso, estableció un precedente de observancia obligatoria que dispuso que las concertaciones de precios, repartos de mercado, repartos de cuotas de producción y limitación o control de la producción debían sancionarse de acuerdo a la regla *per se*. No obstante, seis años después, y nuevamente bajo la misma norma, la propia Sala decidió evaluar un caso de concertación iniciado de oficio en contra de nueve aseguradoras y la asociación que las agrupaba<sup>12</sup> (2003) bajo una regla similar a la regla de la razón, atendiendo a una interpretación histórica de cómo debía considerarse la afectación al "interés económico general". Esta nueva decisión derogó el precedente de observancia obligatoria de 1997, reemplazándolo por

---

<sup>8</sup> DL 701.-  
**Artículo 3°.-** Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

<sup>9</sup> DL 701.-  
**Artículo 5°.-** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

<sup>10</sup> Decreto Legislativo 757.-  
**Artículo 4.-** La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.  
Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

<sup>11</sup> Expediente N° 029-96-CLC.

<sup>12</sup> Expediente N° 004-2002-CLC.

otro que prevé un tratamiento para la totalidad de prácticas colusorias semejante al de una regla de la razón.

Como se aprecia, la misma autoridad tuvo interpretaciones distintas respecto de cuál sería el tratamiento que le daría a infracciones tan importantes como las concertaciones de precios o los repartos de mercados, lo que generó algún grado de incertidumbre entre los administrados. Al tratarse de prácticas inherentemente anticompetitivas y perjudiciales para la sociedad correspondería que, a nivel legislativo, se establezca un criterio claro respecto de cuál será el tratamiento que la autoridad de competencia nacional le dará a aquellas conductas.

- Tipo abierto: "otros casos de efecto equivalente"

Un voto en discordia en el caso iniciado por denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores y el señor Javier Diez Canseco Cisneros en contra de AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP (2004) señaló una opinión minoritaria pero discordante con relación a que el literal f) del artículo 5<sup>13</sup> no satisfacía el principio de tipicidad<sup>14</sup>. Bajo dicha opinión, conductas tales como los precios predatorios o los acuerdos de distribución exclusiva no se encontrarían tipificadas y, por ende, no resultarían sancionables.

Al respecto, resulta necesario dotar a la norma de libre competencia de una precisa tipificación de las conductas que resultan sancionables, de tal manera que no permanezcan opiniones discordantes que señalen que determinadas prácticas, que pueden resultar muy nocivas para la sociedad, no se encuentran prohibidas por la Ley.

- Acuerdos verticales

La norma vigente ha evidenciado carecer de una regulación completa de los acuerdos verticales. Un ejemplo claro son los ya mencionados acuerdos de distribución exclusiva. Bajo la ley vigente no termina de quedar claro si dichas conductas serían calificadas como casos de abuso de posición de dominio, de

<sup>13</sup>

DL 701.-  
Artículo 5°.- (...)

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. *(Texto modificado por el artículo 11 del DL 807)*
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) *(Texto derogado por el artículo 12 del DL 807)*
- e) *(Texto derogado por el artículo 12 del DL 807)*
- f) Otros casos de efecto equivalente. *(Texto modificado por el artículo 11 del DL 807)*

<sup>14</sup>

Dicha opinión sería aplicable también al literal j) del artículo 6 del DL 701.

conformidad con su artículo 5, pues ello se contradice con la existencia del acuerdo. Pero por otro lado tampoco resulta claro que se trate de una práctica colusoria en los términos del artículo 6, en la medida que los acuerdos verticales, por naturaleza, requieren de la existencia de posición dominante de uno de los agentes involucrados para representar un perjuicio sobre el proceso competitivo.

- Compromiso de cese

La regulación del compromiso de cese no contempla un plazo adecuado para su formulación, pues los 15 días previstos en el DL 701 resultan insuficientes. Se requiere un plazo más amplio que permita a las empresas investigadas reunirse y formular un compromiso de cese. Asimismo, la potestad discrecional de la Comisión parece no ser comprendida por los administrados, quienes han tendido a impugnar resoluciones denegatorias de compromiso de cese que, por su carácter eminentemente discrecional, no son impugnables.

A fin de evitar que un mecanismo útil como éste pueda convertirse en un instrumento de impunidad, se aprobaron los correspondientes Lineamientos por Resolución N° 039-2005-INDECOPI/CLC. No obstante ello, la ausencia de disposiciones claras e incentivos adecuados a nivel legal no han permitido que la institución logre los objetivos para los que fue adoptada.

- Exoneración de responsabilidad

La falta de incentivos adecuados se hace evidente también con relación a la exoneración de responsabilidad. Dicha institución no está funcionando como en otros ordenamientos, pues nunca ha sido aplicado en el Perú. Las deficiencias en su regulación parecen desincentivar su uso por parte de los administrados.

- Preclusión en la aportación de pruebas

Resulta tan irreal el plazo previsto para el término probatorio que termina por no aplicarse. Los 30 días previstos en el artículo 16<sup>15</sup> del DL 701 son tan irreales que han pasado a tener naturaleza lírica. Un plazo más realista tendría más razones para ser efectivamente exigido.

- Notificación del Informe Técnico

El DL 701 no prevé la notificación del Informe Técnico a las partes involucradas en el procedimiento. En la práctica (caso SOAT, 2003), éste se ha estado notificando para asegurar el derecho de defensa de los administrados, pero lo que sucede luego de ello, a falta de regulación específica, es absolutamente incierto para las partes.

- El rol instructor de la Secretaría Técnica:

La poca claridad que existe con relación al rol instructor de la Secretaría Técnica complica sus labores.

<sup>15</sup>

DL 701.-

Artículo 16.- (...)

El término probatorio es de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación.  
(...)

Los artículos 15<sup>16</sup> y 22<sup>17</sup> del DL 701 darían a entender que quien debería iniciar la investigación por denuncia de parte es la Secretaría Técnica, lo que sería coherente con los otros actos de instructor de dicha autoridad: su informe es notificado primero a las partes, quienes pueden presentar alegatos contra él, y luego de recibir dichos alegatos, la Secretaría Técnica comunica el informe a la Comisión.

Sin embargo, lo que se da en la práctica es que es la Comisión quien inicia la investigación en casos de denuncia de parte. Así, lo que viene sucediendo es que la Comisión es quien formula la imputación de cargos y luego la que declara la existencia de infracción e impone la sanción correspondiente. Un procedimiento sancionador más "garantista" del derecho de defensa de las empresas investigadas exige que sea el instructor, la Secretaría Técnica, quien efectúe la imputación de cargos, mientras que el órgano de decisión, la Comisión, desde una tercera posición y sin estar contaminada de los indicios primigenios, sea quien decida si hay o no infracción.

Asimismo, tampoco queda claro del articulado vigente si luego de notificado el Informe Técnico, la Comisión puede ordenar la actuación de pruebas.

- Las tensiones con el ámbito penal

La posibilidad de sancionar la comisión de conductas anticompetitivas tanto en el ámbito administrativo como en el penal no ha generado beneficio alguno a la fecha y, más bien, constituye una peligrosa puerta abierta cuyo uso indebido puede terminar perjudicando las labores de la Comisión.

A la fecha no se ha procesado penalmente a ningún agente que haya sido encontrado responsable de violar el DL 701. Sin embargo, la posibilidad de llevar la discusión sobre conductas anticompetitivas al ámbito penal podría generar impunidad a partir de un mal uso de agentes investigados en un procedimiento de libre competencia, quienes tienen actualmente la posibilidad de paralizar el procedimiento administrativo si se coluden con un tercero para que los denuncie en el ámbito penal.

En efecto, la apertura de un proceso penal por hechos similares a los discutidos en el procedimiento de libre competencia acarrearía la suspensión automática del procedimiento seguido en sede administrativa. El objetivo del inculpado sería obtener una condena benévola en sede judicial, probablemente con suspensión de ejecución de la pena, y evitar así la condena en el ámbito administrativo, que puede acarrearle la imposición de una cuantiosa multa.

16

DL 701.-

Artículo 15.- La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima, existen indicios razonables de violación de la presente ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.  
(subrayado agregado)

17

DL 701.-

Artículo 22.- Quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaría investigaciones, será responsable de las costas personales sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo, será sancionado pro delito de calumnia.  
La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas.  
(subrayado agregado)



- Indemnización por daños y perjuicios

La regulación con relación a la indemnización por daños y perjuicios resulta insuficiente, lo cual se evidencia su nula aplicación a la fecha.

- Facultades de investigación

Las facultades de investigación de la Comisión y su Secretaría Técnica no son suficientes para realizar adecuadamente su labor. Por ejemplo, no se contemplan específicamente atribuciones necesarias para la revisión de correos electrónicos de agentes involucrados en casos de libre competencia. Dicha insuficiencia legal conlleva una serie de limitaciones para la obtención de medios probatorios.

### **Vacios del DL 701**

A continuación listamos una serie de materias que no están mencionadas en el DL 701 y cuya presencia coadyuvaría de mejor forma a las labores de la Secretaría Técnica, la Comisión y el Tribunal:

- Principio de primacía de la realidad: A diferencia de otros ámbitos del ordenamiento jurídico peruano como el laboral, no hay mención alguna a dicho principio.
- Reconocimiento expreso de la teoría de los efectos: Absolutamente necesaria cuando se trata de actos contrarios a la libre competencia, en la medida que la territorialidad se ve superada por los efectos que generan las conductas más allá de dónde son ejecutadas inicialmente o del lugar de domicilio del agente infractor.
- Información confidencial: La actual regulación se encuentra en los Lineamientos sobre Información Confidencial (2000) y la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del INDECOPI (2007), pero se carece de un referente de naturaleza legal al respecto.
- Procedimiento en segunda instancia: Lo que genera cierta incertidumbre con relación a los procedimientos que se tramitan ante el Tribunal una vez que se interpone un recurso de apelación.
- Medidas correctivas: A pesar de su importancia en los procedimientos de esta naturaleza y de haber sido ya reconocidas por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC.
- Multas coercitivas: No existe la posibilidad de imponer multas por el incumplimiento en la ejecución de medidas correctivas.

Como puede apreciarse, la naturaleza y cantidad de deficiencias y vacíos del DL 701 no permiten ser solucionadas con correcciones específicas a la norma vigente, sino que es necesaria una reforma integral, una nueva ley. Por ello, se propone una Ley integral sobre el control de conductas anticompetitivas que no contiene un régimen de control de concentraciones empresariales (control de fusiones).

## I.4. EL CONTENIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO

### 1. Disposiciones generales

#### Finalidad de la Ley

Uno de los artículos más importantes del Decreto Legislativo es el referido a la finalidad de la Ley, dado que define el objetivo perseguido en la aplicación de todo el marco normativo desarrollado en ésta y guiará a la autoridad de competencia en su labor de resolución de controversias derivadas de infracciones a la Ley.

De acuerdo a su artículo 1, la finalidad de la Ley es prohibir y sancionar conductas anticompetitivas promoviendo la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. En tal sentido, el Decreto Legislativo busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que éstas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores.

Al establecerse como objetivo la promoción de la eficiencia económica a través de la protección del proceso competitivo, lo que el Decreto Legislativo procura es permitir que de la propia dinámica de la competencia se obtenga un desempeño eficiente de los mercados.

La eficiencia económica puede ser definida a través de tres componentes: eficiencia productiva, eficiencia innovativa y eficiencia asignativa. La eficiencia productiva está referida a la forma más efectiva de utilizar los recursos y la tecnología para producir y se traduce en menores costos de producción. La eficiencia innovativa está referida a la utilización de la investigación y desarrollo para la introducción de nuevos o mejores productos. La eficiencia asignativa está referida a una eficiente asignación de recursos y bienes entre los compradores que los valoran más y se traduce en precios cercanos a los costos de producción.

A través de la rivalidad entre los competidores por obtener la aceptación de los consumidores, las empresas tienen incentivos para comportarse eficientemente, lo que a su vez repercute en el bienestar de la sociedad en su conjunto y en los consumidores en particular. La eficiencia económica resulta ser una medida de qué tan bien las industrias acompañan sus actividades económicas en interés de la sociedad<sup>18,19</sup>.

<sup>18</sup> Viscusi W. Kip, John M. Vernon y Joseph E. Harrington, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1995. Pág. 73.

<sup>19</sup> En relación a la eficiencia económica como objetivo del derecho de la libre competencia, Motta señala:

*He sostenido que el bienestar económico es el objetivo que las autoridades de competencia y las cortes deberían perseguir. Esto me lleva a definir la política de competencia como "el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no está restringida de tal manera que reduce el bienestar económico".*

(...)

*Esto no implica que los objetivos o consideraciones de política pública distintas a la eficiencia económica no sean importantes, pero si un gobierno quisiese lograr dichos objetivos, no debería usar la política de competencia sino simplemente recurrir a instrumentos de política que distorsionen lo menos posible la competencia.*

(traducción libre)

En consecuencia, la prohibición de aquellas conductas que dañan el proceso competitivo tiene como objetivo permitir un desempeño eficiente de los mercados, lo que redundaría en el bienestar de los consumidores. Como se aprecia, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo, la acción de las normas de libre competencia se focaliza en la eliminación de conductas anticompetitivas (abusos de posiciones de dominio y prácticas colusorias), lo que impacta indirectamente en el bienestar de los consumidores<sup>20</sup>.

Cabe destacar que la finalidad de la Ley planteada en el artículo 1 del Decreto Legislativo guarda estrecha relación con el contenido del numeral 1 del artículo 13.2 del APC Perú - EEUU<sup>21</sup> y la Decisión 608<sup>22</sup>.

### Ámbito de aplicación subjetivo

En el Decreto Legislativo se ha delimitado con mayor precisión el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley a través del numeral 2.1 de su artículo 2. Si bien al igual que el DL 701<sup>23</sup> y la mayoría de legislaciones a nivel comparado<sup>24</sup>, el

---

En su idioma original:

*(...) I have argued that economic welfare is the objective competition authorities and courts should pursue. This brings me to define competition policy as "the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is no restricted in such a way as to reduce economic welfare".*

*(...)*

*This does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible.*

Motta, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. 2004. Pág. 30.

En similar sentido ver: Viscusi et. al. Op. Cit. Págs. 63-64.

20

En un pronunciamiento reciente, la Comisión ha señalado:

*(...) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo.*

*(...)*

*...la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redundaría en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo.*

(Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC. Págs. 10-11)

21

**APC Perú - EEUU.-**

**Artículo 13.2: Legislación de Libre Competencia y Prácticas de Negocios Anticompetitivas**

1. Cada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas.

(...)

22

**Decisión 608.-**

**Artículo 2°.-** La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

23

Artículo 2 del DL 701.

24

Ver entre otros: el artículo 3 de la Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia de Argentina y el artículo 3 de la Ley Federal de Competencia Económica de México. En el ámbito de la Unión Europea, los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea utilizan el término "empresa" para hacer referencia a los agentes que pueden cometer prácticas colusorias y abuso de posición de dominio. En el mismo sentido, se encuentra el

criterio de la realización de actividad económica sigue determinando a quiénes se aplica la normativa de defensa de la competencia, se ha enfatizado el hecho de que ello es independiente del tipo de persona (natural, jurídica, patrimonio autónomo u otras entidades), finalidad (lucrativa o no) o naturaleza (pública o privada). Es así que se establece que a todo aquel que oferte o demande bienes o servicios en el mercado, le resultará aplicable la Ley.

Ello porque de conformidad con la práctica jurisprudencial del INDECOPI<sup>25</sup>, así como a nivel comparado<sup>26</sup>, las normas de defensa de la competencia se aplican a las actividades económicas y no al ejercicio de función pública<sup>27</sup>, que si bien puede tener un impacto en el funcionamiento del mercado, no responde a la misma lógica de las prácticas anticompetitivas, que precisamente tienen por objeto la obtención de beneficios a través de la afectación de las condiciones de competencia en los mercados.

Asimismo, habiéndose verificado en la experiencia práctica que, si bien las conductas anticompetitivas son llevadas a cabo en la mayoría de casos por los propios agentes económicos que, en situaciones regulares, competirían en el mercado; en algunos casos estos agentes buscan evadir su responsabilidad por infracción a las normas de defensa de la competencia a través de la utilización de las asociaciones o gremios empresariales. Ello sucede cuando estas asociaciones son las que originan la práctica anticompetitiva, lo que puede ocurrir a través de una recomendación de carácter meramente orientador<sup>28</sup> o una decisión obligatoria para sus asociados que tenga por efecto que éstos realicen una práctica anticompetitiva como, por ejemplo, que dejen de competir en un mercado, o que fijen precios o tarifas comunes a los consumidores. En tal escenario, el Decreto Legislativo especifica que se podrá imputar responsabilidad a la asociación de empresas por la adopción de una decisión o recomendación anticompetitiva<sup>29</sup>, sin perjuicio de la responsabilidad de sus asociados por la puesta en práctica de la conducta anticompetitiva<sup>30</sup>.

Se ha precisado también el tema de la responsabilidad de aquellas personas que actúan en representación de un sujeto infractor, señalándose que la aplicación de la Ley incluye a los integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de los agentes económicos, en tanto hayan tenido participación

---

numeral 2 del artículo 61 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, al hacer referencia a los sujetos infractores de la ley.

<sup>25</sup> Resolución N° 0752-2005/TDC-INDECOPI del 08 de julio de 2005 (Exp. N° 012-2002/CLC).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias*, en: Revista de Derecho Mercantil N° 239. 2001. Págs. 249 – 267. También DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. *El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia*, en: Boletín Económico de ICE N° 2720. Del 18 de febrero al 3 de marzo de 2002. Págs. 19 - 35.

<sup>27</sup> Entendiendo por función pública: la actividad política, legislativa, jurisdiccional y administrativa (actos y reglamentos administrativos).

<sup>28</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000. Pág. 283. En el mismo sentido: BERENQUER FUSTER, Luis. *Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia*, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, D-29, septiembre 1998. Pág. 186.

<sup>29</sup> Ver: Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N° 229-97-TDC, de fecha 12 de septiembre de 1997, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. N° 016-96).

<sup>30</sup> BERENQUER FUSTER, Luis. Op. Cit. Pág.186.

consciente en la adopción de la conducta anticompetitiva, con lo cual se mejora y amplía el texto análogo del artículo 2 del DL 701.

Finalmente, otra importante novedad en el ámbito de aplicación subjetivo es la contenida en el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Legislativo, que señala que las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades son responsables por los actos anticompetitivos realizados por personas naturales que actúan por encargo de éstas, de manera similar a la regla de responsabilidad por daño del subordinado prevista en el Código Civil<sup>31</sup>.

### **Ámbito de aplicación objetivo**

El artículo 3 del Decreto Legislativo excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia.

A nivel de legislación comparada, se puede citar la Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia de España, que en su artículo 4 establece que las disposiciones comunitarias en materia de competencia no se aplican a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, lo que resulta equivalente a la norma referida del Decreto Legislativo. La inclusión de este dispositivo en la Ley española responde a criterios jurisprudenciales desarrollados tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España como a criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>32</sup>.

Por ejemplo, se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

No obstante, conforme se establece en el citado artículo del Decreto Legislativo, el cuestionamiento de estas normas deberá realizarse a través de las vías correspondientes. Así, por ejemplo, se podría dismantelar una restricción a la competencia contemplada en una ley solicitando su expulsión del ordenamiento jurídico a través de un proceso de inconstitucionalidad.

En el Decreto Legislativo se ha considerado conveniente incluir una disposición como la presente con el objeto de precisar cuál es el mecanismo correspondiente para eliminar distorsiones a la competencia que son resultado de la aplicación de normas legales.

### **Ámbito de aplicación territorial**

<sup>31</sup> Artículo 1981 del Código Civil.

<sup>32</sup> Ver: Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español del 4 de marzo de 1999, en el Expediente N° 335/98. Asimismo, ver Sentencia del 16 de noviembre de 2000 del Expediente N° 477/99. Adicionalmente, ver sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 21 de septiembre de 1998, en el asunto Van Eycke, 267/86.

A diferencia del DL 701, se norma de manera expresa el ámbito de aplicación territorial de la Ley.

La aplicación territorial de una norma suele consistir en la sujeción de una determinada conducta a la ley nacional del territorio donde aquélla ha tomado lugar. No obstante ello, en materia de defensa de la libre competencia, el ámbito de aplicación territorial se define por lo general en función a la denominada "teoría de los efectos", recogida en el artículo 4 del Decreto Legislativo. Bajo esta teoría, la Ley se aplica a todas aquellas conductas anticompetitivas que afecten la competencia en el territorio peruano, con prescindencia del lugar de su realización, que en muchos casos puede no circunscribirse a una determinada jurisdicción.

Considerando que el objeto jurídico protegido por la legislación de defensa de la competencia es el correcto funcionamiento del proceso competitivo, el test de los efectos permite reprimir precisamente aquellas prácticas que afecten la competencia en el territorio nacional, aun cuando el origen de la conducta anticompetitiva se haya dado en el extranjero.

La teoría de los efectos ha sido desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, la que ha entendido que las normas *antitrust* se aplican a aquellas conductas anticompetitivas que tengan un efecto directo sobre el comercio de los Estados Unidos de América<sup>33</sup>. El test de los efectos fue recogido expresamente en la legislación norteamericana en la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*<sup>34</sup>.

### **Primacía de la realidad**

Una importante incorporación es la recogida en el artículo 5 del Decreto Legislativo, que consagra la regla de la Primacía de la Realidad, en virtud de la cual la autoridad de competencia deberá atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, con independencia de las formas que adopten determinados actos jurídicos utilizados por los contratantes.

En efecto, la referida regla ha sido acogida en otras áreas de nuestro ordenamiento jurídico, como el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, donde ante "*una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello*"<sup>35</sup>.

En consecuencia, al analizar los distintos mercados y los actos supuestamente competitivos, la agencia de competencia debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos, contratos o incluso disposiciones normativas, en aplicación del principio de verdad material que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> STANGER, Andrew. Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties alter *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.*, en: *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2003, Iss. 4, Provo, 2003, p. 1458.

<sup>34</sup> The Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), 15 U.S.C. §6, emitida en 1982.

<sup>35</sup> NEVES, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pág. 36.

<sup>36</sup> Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La autoridad de competencia, al analizar las transacciones realizadas por los agentes económicos, deberá dar prioridad en su análisis a los efectos económicos de dichas transacciones, y no tanto a las formas jurídicas utilizada por aquéllos, pues éstas pueden ser engañosas.

## 2. Mercado relevante y posición de dominio

### Mercado relevante

Una importante novedad del Decreto Legislativo es la inclusión en el artículo 6 de una definición del concepto de "mercado relevante", lo que representa una mejora en la identificación de cuáles son los conceptos y criterios bajo los cuales la autoridad de competencia evaluará las prácticas anticompetitivas, otorgando con ello mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

Siendo la definición del mercado relevante, dentro de la metodología de análisis de conductas anticompetitivas, una etapa de importancia clave<sup>37</sup>, se ha considerado necesario que el Decreto Legislativo establezca cuál es el concepto de "mercado relevante" y cuáles los principales criterios que la autoridad evaluará para definirlo. A través del establecimiento de dicho concepto y de los mencionados criterios se generará un conocimiento más preciso por parte de los administrados con relación a aspectos de singular importancia en la evaluación de las controversias de competencia, generando, a su vez, una mayor predictibilidad en la evaluación de conductas anticompetitivas por parte de la agencia de competencia.

Que la definición del concepto en cuestión y sus criterios de análisis se encuentren contenidos en el Decreto Legislativo sirve además para dejar en claro un concepto también fundamental en el análisis de prácticas anticompetitivas como es el concepto de "posición de dominio" contenido en el artículo 7. Ciertamente, la posición de dominio de una empresa únicamente se puede evaluar en relación al mercado relevante en donde dicha empresa se desempeña, de ahí que el artículo 7 del Decreto Legislativo haga referencia a un agente económico que goza de posición de dominio "en un mercado relevante".<sup>38</sup>

La definición de mercado relevante contenida en el Decreto Legislativo, esto es, que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico, es acorde con la definición utilizada a nivel internacional por las agencias de competencia. De similar manera, los criterios bajo los cuáles la autoridad definirá los límites del mercado relevante, contenidos en el Decreto Legislativo, son criterios generalmente aceptados por la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> En el análisis de abuso de posición de dominio la definición del mercado relevante es necesaria, puesto que será en función de ese mercado relevante previamente definido que se podrá determinar la tenencia de posición de dominio y la existencia de un abuso de tal posición. En el análisis de prácticas colusorias, la definición de mercado relevante no carece de sentido, pues en virtud a ella se podrá evaluar aspectos tales como, la factibilidad de la celebración de un acuerdo, el sostenimiento de la conducta a lo largo del tiempo y su impacto sobre el bienestar.

<sup>38</sup> Adicionalmente, en relación a la importancia de incluir en el Decreto Legislativo la definición señalada, cabe hacer referencia a que la UNCTAD ha visto conveniente también incluir en su Ley Tipo de Defensa de la Competencia, en el capítulo correspondiente a definiciones, la definición del concepto de mercado relevante y los criterios en base a los que se determina. Ver: UNCTAD. Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Nueva York y Ginebra. 2007. Pág. 3.

<sup>39</sup> Ver por todos:

En efecto, la definición del mercado de producto sobre la base de un análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda; y la definición del mercado geográfico sobre la base de los costos y barreras al comercio que influyen en la posibilidad de abastecimiento desde zonas geográficas distintas, encuentran asidero en los propios lineamientos estadounidenses y comunitarios antes referidos. A nivel de descripción de tales criterios en leyes de competencia, la Ley Federal de Competencia Económica de México es un buen ejemplo, ya que contiene un artículo que establece que son criterios para la determinación del mercado relevante, entre otros: las posibilidades de sustitución del bien considerando las posibilidades tecnológicas; y, los costos de distribución del bien desde otras regiones teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias.

### **Posición de dominio**

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Legislativo introduce una definición de posición de dominio en función de la posibilidad de los agentes de restringir, afectar o distorsionar sustancialmente la oferta o demanda de bienes o servicios, sin que otros agentes puedan disciplinar su comportamiento. Dicha definición mantiene el supuesto de un actuar independiente del dominante contenido en el artículo 4 del DL 701, pero mejora el concepto al hacer referencia directa a que dicha capacidad o posibilidad está referida a restringir, afectar o distorsionar la competencia en los mercados.

De similar forma, en cuanto a los factores que podrían otorgar posición de dominio a determinado agente, el Decreto Legislativo replica el listado contenido en el artículo 4 del DL 701, mejorando la redacción de algunos supuestos. Se incluyen en el listado el literal e) del numeral 7.1 que está referido a la existencia de barreras a la entrada, las que pueden ser de naturaleza legal, económica o estratégica, y que constituyen factores que suelen disuadir el ingreso de competidores potenciales; y, el literal f) del numeral 7.1 referido a la evaluación que debe hacer la autoridad en relación a terceros agentes que interactúan en el mercado con el agente investigado (proveedores, clientes o competidores) y que pueden disciplinar su comportamiento.

Por su parte, el numeral 7.2 del artículo 7 del Decreto Legislativo destaca que ostentar posición de dominio no configura un ilícito, debido a que lo que se sanciona como práctica anticompetitiva es el abuso de posición dominante y no la tenencia de dicha posición. Ciertamente, la tenencia de posición de dominio podría ser el resultado de la propia competencia en base a méritos, es decir, de la mera eficiencia del agente y, por ende, carece de sentido sancionarla. Las conductas reñidas con la competencia en méritos, es decir, no basadas en eficiencias, y que tienen por objeto o efecto excluir a los competidores en base a la capacidad del dominante de afectar el mercado, son las que resultan sancionables de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo.

---

Horizontal Merger Guidelines. U. S. Department of Justice y Federal Trade Commission. 1992. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm> (visitada el 22 de abril de 2008).

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Unión Europea. *Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013*. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) (visitada el 22 de abril de 2008).



Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo contiene mejoras y precisiones a la definición de posición de dominio de la norma anterior, lo que redundará en una mejor aplicación de las normas de libre competencia.

### 3. De las conductas prohibidas

#### Prohibición absoluta

Dentro del conjunto de conductas anticompetitivas existen algunas modalidades de infracción que son consideradas por diversos ordenamientos jurídicos como inherentemente anticompetitivas. Para aquellos casos, dichos ordenamientos prevén la verificación de la realización de la conducta como elemento suficiente para determinar la existencia de infracción, lo que se recoge en el artículo 8 del Decreto Legislativo como una "prohibición absoluta", representando una regla clara de prohibición respecto de conductas profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular. Esta regla es conocida a nivel mundial como la regla *per se*.

La sanción de una conducta en base a su sola existencia (*per se* ilegal) no es algo inusual en el marco normativo nacional. Se pueden citar, como ejemplos, las infracciones administrativas a la normativa de tránsito y seguridad vial<sup>40</sup>, supuestos en los cuales las autoridades respectivas dispondrán las sanciones previstas sin entrar a considerar los efectos de las conductas.

Al lidiar con conductas que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia, el Decreto Legislativo prefiere tener para ellas un tratamiento de prohibición absoluta, dado que bajo dicho esquema se generan diversos beneficios para la sociedad, tales como:

- (i) La regla *per se* posee carácter lógico al perseguir prácticas que, de acuerdo a sus características y a la experiencia jurisprudencial, únicamente tienen como objeto o efecto restringir la competencia, causando perjuicios a los consumidores.
- (ii) Resulta una regla clara de alta predictibilidad y certeza jurídica, producto de la limitación de la discrecionalidad de las autoridades encargadas de su aplicación.<sup>41</sup>
- (iii) Constituye una guía clara para los comportamientos empresariales y de los ejecutivos. Genera certidumbre sobre las prácticas prohibidas, disuadiendo directamente la comisión de comportamientos claramente anticompetitivos. Dicho efecto disuasivo se podría diluir si se utilizan metodologías de análisis más complejas y que demandan a la autoridad un mayor tiempo de análisis.
- (iv) Es de fácil administración y representa un ahorro de recursos (menores costos) para la autoridad de competencia y el sistema judicial en general.

<sup>40</sup> El Reglamento Nacional de Tránsito aprobado mediante Decreto Supremo 033-2001-MTC del 24 de julio de 2001, considera como infracción aquella consistente en cruzar una intersección ante un semáforo en luz roja. Dicha infracción resulta sancionable únicamente con la verificación de su existencia, independientemente de si se generó una colisión o un atropello, es decir, independientemente de si existieron o no efectos.

<sup>41</sup> International Competition Network (ICN). *Defining Hard Core Cartels Conduct. Effective institutions. Effective Penalties*. ICN Working Group on Cartels. 4th Conference Bonn – Germany, 6-8 de junio de 2005. Pág. 14.